DURÉE DU TRAVAIL. Comment opérer la retenue sur salaire d'un cadre, rémunéré au forfait, qui participe à un mouvement de grève d'une durée inférieure à une journée ou une demi-journée ? Les réponses de la Cour de cassation et entretien avec **Hervé Gosselin**.

La compatibilité du forfait-jours avec le droit de grève

La question était posée sans trouver jusqu'ici de réponse. Comment opérer le décompte de la retenue sur salaire d'un salarié en forfaits-jours qui se déclare en grève pendant quelques heures ? En principe, le décompte du nombre de jours travaillés du salarié en forfait-jours est déconnecté du nombre d'heures de travail effectuées chaque jour par l'intéressé. Dans ce schéma, la référence horaire n'existe pas. Alors comment procéder concrètement à la retenue sur salaire d'un salarié gréviste pendant quelques heures et de surcroît en forfait-jours ?

Si l'on regarde du côté du Code du travail, une réponse nous est donnée *(C. trav., art. L. 3121-45)*. L'accord collectif qui encadre le forfait en jours doit prévoir notamment *« les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos »*. Les modalités de décompte du repos et des absences étant identiques, il est donc tout à fait possible de traiter la situation des salariés ayant fait grève une demi-journée, voire une ou plusieurs journées. Mais qu'en est-il lorsque le salarié n'a fait grève que quelques heures sans atteindre la demi-journée et encore moins la journée ?

Plusieurs entreprises se sont interrogées, à l'instar de GIAT industrie et ont essayé de mettre au point un système. Chez GIAT, les absences pour grève du mois précédent sont cumulées et déduites de la paie si elles atteignent l'équivalent d'une demi-journée comptée pour 3,90 heures ou d'une durée multiple de 3,90 heures, les heures restantes étant conservées et reportées dans le cumul du mois suivant.

La fédération CFE-CGC de la métallurgie a vivement contesté les *« modalités de retenue sur salaire »* de ce système.

La cour d'appel de Versailles lui a donné gain de cause et reprochent au principe de retenue d'aboutir *« à une inégalité de traitement en appliquant aux cadres non soumis à l'horaire collectif un système réintroduisant la référence à l'horaire journalier collectif, par essence inapplicable à ces cadres »*.

L'argumentation est censurée par la Cour de cassation qui décline, en l'absence de précision du législateur, le mode d'emploi du décompte de la retenue sur le salaire opérée suite à une absence pour fait de grève d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, s'agissant d'un salarié cadre soumis à une convention de forfaits en jours. La motivation de la Cour de cassation est en deux temps :

- Elle rappelle d'abord les principes applicables.

D'une part le principe de non-discrimination : *« l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération ou d'avantages sociaux »* ;

D'autre part, le principe de proportionnalité : l'exercice du droit de grève *« ne peut donner lieu de la part de l'employeur qu'à un abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail »*.

Enfin, un principe d'égalité de traitement entre les différentes absences, quelle qu'en soit l'origine : *« lorsque l'absence pour fait de grève d'un salarié soumis à une convention de forfait en jours sur l'année est d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, la retenue opérée doit être identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée. »*

- Elle délivre le mode opératoire du décompte en s'inspirant sans le dire des principes retenus pour l'allocation de formation *(C. trav., art. D. 6321-7)*.

La retenue sur salaire doit être calculée en déterminant, à partir du salaire mensuel ou annuel des intéressés, un salaire horaire tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base, soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit, si elle lui est supérieure, la durée de travail applicable à ces cadres.

La Cour de cassation suggère enfin aux partenaires sociaux de fixer leurs propres modalités de décompte au sein d'un accord dans le respect des principes qui viennent d'être rappelés. ■ **F. C.**

Quand la Cour de cassation supplée au législateur…

Entretien avec **Hervé Gosselin**
Conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation

Dans cet arrêt, vous n'avez pas l'impression de vous substituer au législateur ?

Hervé Gosselin : En réalité, nous avions le choix. On pouvait s'en tenir à la loi *stricto sensu* qui ne prévoit rien sur la question de la retenue opérée suite à une absence pour fait de grève d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, s'agissant d'un salarié cadre soumis à une convention de forfaits en jours. Mais l'affaire est venue en délibéré juste après l'adoption de la loi du 20 août 2008 qui concerne le forfait-jours. Or, le législateur n'a pas traité cette question. Dès lors, fallait-il considérer que le décompte des retenues qui •••

●●● utilise une référence horaire est incompatible avec le forfait-jours ? Cette option était celle de la cour d'appel de Versailles. Ou bien devions-nous laisser les entreprises mettre en place des solutions très fragiles juridiquement, en attendant que le législateur s'empare du sujet ?

Vous avez préféré donner les solutions et permettre aux entreprises d'avoir enfin un mode d'emploi.

H. G. : Le problème devait être réglé. Nous sommes dans notre rôle, compte tenu de l'absence de disposition législative, même si nous avons été obligés d'être assez précis dans la définition d'une méthode permettant, en l'absence d'accord collectif, d'appliquer le principe de l'abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail lorsque, dans le cadre d'une convention de forfait-jours, les heures d'absence ne sont pas comptabilisables en journées et demi-journées.

D'où vient la solution proposée ?

H. G. : Nous avons vérifié s'il existait des dispositions dans le Code du travail contenant des pistes de solution. À notre sens, il en existe une, l'ancien article D. 933-1 du Code du travail *(devenu D. 6321-7)* qui indique comment doit être calculé le montant de l'allocation de formation. Nous nous sommes inspirés de cette solution. Nous avons gardé le même mode de calcul en l'adaptant légèrement. En effet, nous avons jugé utile d'introduire la référence au temps de travail pratiqué par les cadres soumis à l'horaire collectif. Nous ne nous sommes pas tenus à la durée légale car les cadres en forfaits-jours ont des journées de travail assez conséquentes. Nous n'avons pas voulu les pénaliser.

Revenons sur le mode de calcul.

H. G. : Il n'y a pas d'autre possibilité que de passer par une référence horaire pour décompter les heures de grève ou n'importe quelle autre absence de même durée non comptabilisable en journée ou demi-journée. Nous partons donc d'un salaire mensuel ou annuel, corrigé par le nombre de jours de la convention de forfaits, et prenant pour base soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit la durée du travail applicable à ces cadres si elle est supérieure à la durée légale.

Les principes applicables aux retenues sur salaire pour fait de grève restent applicables.

H. G. : Bien entendu. Nous avons voulu rappeler dans l'arrêt les principes qui gouvernent l'application des retenues sur salaire pour faits de grève, issus de la loi et de la jurisprudence : non-discrimination et proportionnalité. Ces principes doivent s'appliquer, y compris dans le cadre d'une convention de forfait en jours.

Reste que les partenaires sociaux peuvent prévoir leur propre solution dans le cadre d'un accord collectif.

H. G. : Oui. La Cour de cassation invite même à cette négociation, comme du reste la cour d'appel le faisait. La convention de forfait en jours ne peut exister que si elle est instituée par un accord collectif. Cet accord doit préciser le mode de décompte des journées et demi-journées de repos. Le mode de calcul est le même pour les absences. Il faut désormais que ces dispositions soient complétées par des stipulations sur les absences, quel qu'en soit le motif, non comptabilisables en journées et demi-journées. Bien sûr, le juge, saisi d'un contentieux relatif à l'application d'un tel accord aura à vérifier le respect des principes de proportionnalité et de non-discrimination. ■

Propos recueillis par Françoise Champeaux

Extraits de l'arrêt

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 521-1 devenu L. 2511-1 et L. 212-15-3 III devenu L. 3121-45, ce dernier dans sa rédaction alors applicable, du Code du travail ;

Attendu, d'abord, que l'exercice du droit de grève ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux ; qu'il ne peut donner lieu de la part de l'employeur qu'à un abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail ;

Attendu, ensuite, que lorsque l'absence pour fait de grève d'un salarié cadre soumis à une convention de forfait en jours sur l'année est d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée, la retenue opérée doit être identique à celle pratiquée pour toute autre absence d'une même durée ;

Attendu, enfin, qu'en l'absence de disposition , sur ce point, de l'accord collectif, la retenue opérée résulte de la durée de l'absence et de la détermination, à partir du salaire mensuel ou annuel, d'un salaire horaire tenant compte du nombre de jours travaillés prévus par la convention de forfait et prenant pour base, soit la durée légale du travail si la durée du travail applicable dans l'entreprise aux cadres soumis à l'horaire collectif lui est inférieure, soit la durée du travail applicable à ces cadres si elle est supérieure à la durée légale ; […]

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de s'assurer que les modalités de retenue pour fait de grève fixées par l'employeur pour les cadres employés dans le cadre d'une convention de forfait en jours étaient les mêmes que celles en vigueur pour toute absence d'une durée non comptabilisable en journée ou demi-journée et que le montant des retenues appliquées était proportionnel à la durée de l'absence, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE

▶ *Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 06-44.608, P + B + R + I*